

La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione¹

di **Lorenza Violini** - Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano

SOMMARIO 1. Introduzione 2. La legge n. 40 e i suoi valori originari. 3. I precedenti. 4. Un bilanciamento non irragionevole? 5. Il giudice legiferante e ... 6. ... i limiti costituzionalmente identificati ai diritti in questione. 7. "Was macht der Mensch mit der Zeit seines Lebens".

1. Introduzione

La sentenza della Corte Costituzionale che ha aperto le porte anche in Italia alla pratica medica della fecondazione eterologa è di sicuro rilievo per molte delle questioni che ad oggi giacciono irrisolte sul tavolo della *constitutional review of legislation*: il rapporto tra politica e diritto costituzionale, ad esempio, o la relazione a distanza (e in parte ancora indefinita) della nostra Corte con le Corti sovranazionali e internazionali, relazione che da luogo ad una situazione tale per cui "il diritto derivante dalla Convenzione europea si presta a usi giurisprudenziali altalenanti e ampiamente opinabili"² o – come è stato messo in luce da altri commentatori³ – la collocazione della Corte Costituzionale nel campo controverso della tutela dei diritti⁴, lasciato a tratti (ma sempre

¹ Il riferimento, nella formulazione del titolo della nota, è – evidentemente - al titolo del basilare volume di Roberto Bin sul tema del bilanciamento, Milano 1992

² Per tutti A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 1 giugno 2014.

³ Cfr. G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte Cost., sent. n. 162/2014)* in www.giurcost.org, 13 giugno 2014,....

⁴ Cfr. sul punto A. Morrone, *op.cit.*, e A. Barbera, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in AA. VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive, Atti del Convegno di Studi tenutosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005*, Fasano, 2005. Più in generale si veda S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2009 e A. Spadaro, *Il problema del fondamento dei diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali oggi, Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 1990*, Milano, 1995.

più ampiamente) incolto perché fossero i giudici comuni insieme, eventualmente, alle Corti sovranazionali, ad assicurarne il rispetto da parte delle istituzioni.

Nel campo del rapporto tra norme costituzionali e legislazione, quest'ultima registra, nel caso presente, una sconfitta a tutto campo, già peraltro prefigurata dalla storia giurisprudenziale della legge nr. 40 del 2004, le cui scelte fondamentali sono state demolite ad una ad una dalle corti di tutti i livelli, dai tribunali nazionali⁵ alla Corte di Strasburgo⁶ passando – da ultimo – anche dalla Corte Costituzionale, la quale si attesta oggi su linee interpretative coerenti con il suo più importante precedente in materia, la sent. n. 151/2009. Con tale sentenza e con quella che si commenta si può dire, anticipando le conclusioni, che si registra una significativa restrizione degli spazi di incidenza della normazione primaria⁷ proprio in quei settori (la bioetica e le scelte eticamente controverse) in cui dare preminenza alle scelte del legislatore⁸.

Sarà in seguito esaminato l'impianto argomentativo a supporto della decisione. Per ora ancora qualche nota sulle ulteriori questioni sopra ricordate, che meriterebbero ben altro spazio di analisi ma su cui vale la pena soffermarsi seppur brevemente.

Quanto al rapporto della nostra Suprema Corte con le Corti sovranazionali si registra – nella sentenza - un singolare silenzio, reso ancor più peculiare per il fatto che, con l'ord. n. 150/2012⁹, erano stati rinviati gli atti ai giudici *a quo* perché riformulassero le loro questioni alla luce della sentenza della Grande Camera di Strasburgo nel caso *SH e altri c. Austria*¹⁰ inerente alla legge

⁵ Si ricordano qui la sent. del Tribunale di Cagliari del 24 settembre 2007 che disapplicò le Linee Guida applicative della legge 40/2004 ammettendo così la diagnosi pre impianto e nello stesso senso l'ord. del Tribunale di Firenze del 17 dicembre 2007. Si vedano poi la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008 che ha definitivamente annullato le Linee Guida governative nella parte in cui si limitava l'indagine sull'embrione al mero tipo osservazionale. Ed ancora, senza pretesa di completezza, le ordinanze del Tribunale di Bologna del 2009 e di quello di Salerno del 2010 in cui viene ordinato l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e l'esecuzione della diagnosi pre impianto a coppie fertili portatrici di malattie genetiche.

⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. N. 54270/10.

⁷ A. Osti, *Persona e Democrazia Liberale*, Torino, 2013

⁸ Misconoscendo il *valore costituzionale della politica legislativa*, si annulla la distanza e la reciproca dipendenza tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, tra sovranità popolare e *forme e limiti della Costituzione*, come giustamente osservato da A. Morrone, *loc. cit.*, par. 10 ma su cui già in passato e con singolare lucidità E.-W. Boeckenfoerde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, p. 221 ss, secondo cui l'interpretazione delle formule costituzionali relative ai diritti in quanto diritto immediatamente applicabile si discosta dalle tecniche interpretative delle legge assumendo la funzione di ampliamento e di concretizzazione delle norme stesse che diverge a seconda del tipo di concezione di diritto fondamentale assunta dal giudice che dipende a sua volta dalla concezione di stato e di costituzione cui si fa riferimento; non è una tecnica dunque bensì il riflesso di una scelta di valore che sta a monte e che spesso non viene esplicitata ma che dipende dalla indeterminatezza delle formule costituzionali. Tutto ciò posto, resta vero che, in uno stato democratico, tale interpretazione non deve prescindere dal riconoscere le diverse competenze conferite dalla Costituzione al potere legislativo e alla giurisdizione.

⁹ Tra i numerosi commenti dell'ordinanza si ricorda A. Ruggeri, *La Corte Costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte Cost. n. 150/2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione assistita*, in www.giurcost.org, 2012; R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giucost.org, 2013.

¹⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza (Grande Camera), *S. H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00) del 3 novembre 2011. Per un approfondimento sulla sentenza della Grande Camera si veda M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, Milano, 2012 ed ivi tra gli altri contributi A. Osti, *Interpretazione evolutiva, margine di apprezzamento e dottrina del consenso: il*

austriaca sullo stesso *thema decidendum*. Il rapporto, rimasto aperto, con la presente pronuncia si interrompe e la questione viene decisa unicamente a partire dalle norme costituzionali interne, senza riferimenti ai diritti protetti in sede europea dalla Corte EDU la quale, nel dispositivo della sentenza richiamata, aveva riconosciuto¹¹ in capo agli Stati un margine di apprezzamento nel regolamentare la fattispecie. L'aver risolto la controversia sulla base di diritti costituzionalmente garantiti a livello nazionale è un segnale del rinnovato desiderio di centralità della nostra Corte nella tutela dei diritti dei propri cittadini, contro la *fuga per la vittoria* verso la Corte EDU, la quale, in una sentenza in materia di accesso alle tecniche di PMA - la sentenza *Costa e Pavan c. Italia* - aveva invece considerato con favore il ricorso diretto della coppia fertile esclusa, a norma della l. nr. 40/2004, dalla diagnosi preimpianto, ritenendo che, a fronte di una legge inequivocabilmente chiara nello statuire un divieto, fosse superfluo ai fini della ricevibilità del ricorso individuale il previo esaurimento dei rimedi interni (ex art. 35 CEDU)¹².

Va considerato, da ultimo, che la Corte coglie l'occasione di riaffermare il proprio ruolo in un caso ben noto all'opinione pubblica, la cui soluzione ha ricevuto grande attenzione da parte dei media; in tal modo, ai giudici comuni non deve essere passato inosservato l'invito, loro trasversalmente inviato, a non eccedere nell'interpretazione costituzionalmente conforme.

Se dunque la sentenza, per la decisione nel merito, sarà ricordata come miliare per l'affermarsi, nella cultura giuridica contemporanea, di un trend avverso ad ogni forma di paternalismo legislativo che si arrogasse il diritto di porre divieti all'esercizio della libertà delle persone fin dentro le camere da letto (*rectius* le stanze degli ambulatori medici), essa va anche considerata come una sorta di sentenza di sistema, che riassume equilibri, ribadisce poteri e riporta al centro un organo, la Corte, che è da sempre una delle istituzioni portanti di un ordinamento democratico, silenziosamente neutra, lontana dall'arena politica, talora restia a dire l'ultima parola per quel doveroso e naturale *self restraint* che dovrebbe connotare la sua presenza nella trama ben compaginata dei diversi poteri dello stato.

Nel commentare la sentenza, il presente contributo si concentra sul primo degli aspetti problematici enunciati, vale a dire lo sfumare verso la dissolvenza degli spazi di libertà/discrezionalità legislativa, analizzando gli argomenti addotti a supporto; ci si soffermerà, in particolare, su come il giudice delle leggi si relaziona con il bilanciamento compiuto dal legislatore e sul grado di intensità del controllo di ragionevolezza. Non si entrerà invece in merito ai molteplici cenni fatti dalla sentenza stessa alle tematiche di natura scientifica né si discuterà dell'uso che ne è stato fatto dal giudice e dalle parti; anche su questo aspetto, tuttavia, occorrerà riflettere a fondo,

bilanciamento di tali strumenti nella sentenza della Grande Camera in materia di fecondazione eterologa in vitro.

¹¹ La Grande Camera nel caso S.H. aveva riconosciuto - sia pur legata al c.d. *time factor*- l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento da accordare agli Stati contraenti in materia di fecondazione eterologa, stante la mancanza di consenso a livello europeo che trova la sua giustificazione nel fatto che il ricorso alla fecondazione artificiale *in vitro* solleva delicate questioni di ordine morale ed etico. In tale ottica va letto anche l'invito rivolto al Parlamento austriaco (e non alle corti) di verificare e farsi carico di una nuova valutazione delle regole che governano la PMA.

¹² Così ancora G. Sorrenti, *loc. cit.*; Si veda anche A. Osti, *op. cit.*, ivi pg 123-131. Si segnala peraltro che in una sorta di dialogo "invertito" la Corte Costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi proprio sulla stesso *thema decidendum* considerato dalla Corte Edu nella sentenza *Costa e Pavan*, a seguito dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 14 gennaio 2014.

come già è stato fatto¹³, perché il rovesciamento del metodo che si rinviene nell'argomentazione giuridica non ridondi in una inversione del rapporto tra scienza e diritto di cui abbiamo forse un po' troppo in fretta dimenticato la pericolosità, se alla prima si lascia un primato indiscusso rispetto al secondo.

2. La legge n. 40 e i suoi valori originari

Preliminare al discorso è una breve nota con cui riandare, a distanza di un decennio, alla controversa genesi della legge n. 40 del 2004. Come si ricorderà, essa era stata emanata dopo un acceso dibattito parlamentare in cui diverse concezioni e diverse esigenze pratiche si erano contrapposte, dibattito che aveva visto la prevalenza di uno schieramento bipartisan favorevole ad introdurre regole che consentissero l'accesso dei richiedenti alle nuove tecniche utili a far cessare il cd. *far west* procreativo praticato nel Paese; inoltre, poiché esse non apparivano ai più scevre da elementi problematici, ci si accordò affinché l'apertura al nuovo fosse prudente e limitata.

Tra i limiti (o forse meglio sarebbe dire: tra le scelte qualificanti) dettati dalla legge va anche annoverato il fatto che essa, per una strana torsione rispetto alla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, che verrà poi censurata in sede europea¹⁴, riconosceva in apertura all'embrione – primo oggetto e primo destinatario di tali tecniche - uno *status* degno di protezione. In altre parole, alla base dell'intento legislativo vi era l'affacciarsi alla coscienza della collettività di una nuova prospettiva rispetto al processo di formazione della vita, prospettiva che – forse a motivo dei timori di manipolazione che le tecniche riproduttive avrebbero potuto operare nei riguardi dell'umano (clonazione, eugenetica e altro ancora) – aveva portato ad anticipare sensibilmente il momento in cui il soggetto umano necessitava di essere tutelato¹⁵. Si volevano, pertanto, attivare sempre prima gli strumenti di protezione e anticipare al massimo il riconoscimento giuridico del valore della persona (o, secondo il più neutro linguaggio habermasiano, lo *statuto prepersonale del genere umano*) visto che le nuove tecniche, pur benefiche per molti aspetti, rischiavano di

¹³ A. Morrone, *La Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza* in A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza della ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2007; C. Snead, *Science, Public Bioethics and the Problem of Integration*, (2010), Scholarly Works. Paper 312; R. Bin, S. Lorenzon, N. Lucchi (Ed.) *Biothec innovations and fundamental rights*, Springer, 2012.

¹⁴ *Costa e Pavan v. Italia*. Come si era cercato di argomentare in passato, tuttavia, altro è tutelare la generazione umana nel suo farsi da manipolazioni genetiche rischiose per l'umano in quanto tale e praticate da scienziati in nome del progresso, altro è dar spazio - nel rapporto diretto tra gestante e frutto del concepimento –alla scelta singola della donna se proseguire o meno la gravidanza. E', pertanto, la radicale diversità tra le due forme di tutela e i rischi a cui esse rispettivamente rispondono a rendere ragionevole la simultanea vigenze dei due tipi di normativa. L. Violini, *Note minime ad una decisione problematica*, in M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale*, Milano, 2010.

¹⁵ La natura politica della scelta compiuta in quella sede è attestata anche dalle iniziative referendarie che si sono susseguite dopo l'emanazione della legge. V. sul punto A. Morrone, *op. cit.*, secondo cui "l'iniziativa referendaria era speculare alla decisione del legislatore: voleva contrapporre a quella del Parlamento una diversa scelta politica in materia di procreazione medicalmente assistita, ispirata alla più ampia libertà procreativa e alla piena libertà della scienza. Una scelta politica appunto e non certo una soluzione che si assumeva radicata in costituzione". Si veda anche M. Ainis, *I Referendum sulla fecondazione assistita*, Milano 2005.

comprometterne l'integrità proprio nel momento in cui la vita veniva concepita, e concepita non più nel segreto del corpo femminile ma in una provetta¹⁶.

Quello che è successo dopo è troppo noto perché lo si ripercorra; smantellata pezzo per pezzo fino a comprometterne l'intento precauzionale, della legge in esame ora non resta che una regolazione sfrangiata, riadattata e reindirizzata ad altri scopi quali quelli ribaditi nella sentenza che qui si commenta: essa diviene così funzionale al diritto all'autodeterminazione della coppia, al diritto alla salute psichica compromessa dalla sterilità e quindi ripristinabile con le tecniche di fecondazione (omologa o eterologa, a questo stadio risulta indifferente) e ad altro ancora. Della tutela dell'*embrione*¹⁷ che ormai può essere congelato, sottoposto a diagnosi, altrove in Europa manipolato fino al punto di diventare un derivato di tre e non due genitori, non resta che un fragilissimo diritto del *nato* a conoscere le proprie origini biologiche¹⁸ destinato a soccombere nel bilanciamento con il diritto alla genitorialità (e suoi addentellati) da perseguirsi con tutti i mezzi messi a disposizione dal progresso scientifico.

Quanto si è andati per cenni descrivendo, peraltro, non stupisce. Era certamente ingenuo pensare che una scelta legislativa particolare come quella ricordata potesse sopravvivere alla cultura e alla mentalità del terzo millennio, aperta come non mai alla difesa della libera autodeterminazione in tutti i campi, ma in quello della bioetica massimamente. *Ab immemorabile* si sa che *ubi societas ibi ius*. Chiosando il detto in uno dei tanti modi in cui lo si può leggere, si può dire, con la massima evidenza, che il diritto è ad un tempo regolatore di rapporti sociali e derivato dal tipo di società su cui esso è chiamato ad intervenire: immersi come siamo nel magma culturale attuale, valori, diritti e tutele ne vengono influenzati per non dire determinati, fino ad un punto di non ritorno.

3. I precedenti

Non è certo facile, a questo punto del discorso, sottoporre ad un esame puntuale le argomentazioni della sentenza le quali – come è già stato rilevato da altri commentatori¹⁹ – vivono di vita propria, si potrebbe dire. Esse infatti si sottraggono al confronto con il contesto

¹⁶ Può essere utile per capire il senso di quella scelta riandare alle tesi e ai timori espressi in quegli stessi anni da Juergen Habermas nel suo noto saggio su *Die Zukunft der menschlichen Natur* (Frankfurt 2001)

¹⁷ La cui dignità è stata anche recentemente ribadita in sede europea dalla Corte di Giustizia pur dentro i limiti relativi al divieto della sua brevettabilità (caso *Brustle c. Greenpeace* – C-34/10); tema citato, nella sentenza, ma in modo assai generico e senza considerare quanto è stato detto proprio dall'autorevole presidente della Corte in passato, un passato oggi rivivificato dal commento a prima lettura (ma non per questo meno pregnante) di A. Ruggeri, *La Corte apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al dialogo con la corte EDU (a prima lettura di Corte Cost. n. 162/2014)*, in www.forumcostituzionale.it, 14 giugno 2014.

¹⁸ Sul diritto a conoscere le proprie origini biologiche va segnalata, tra le altre, la sentenza della Corte Edu, *Godelli c. Italia* del 25 settembre 2012 (ric. n. 33783/09) con cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'articolo 8 CEDU in relazione alla legge 184/1993 in materia di parto anonimo in quanto il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza costituisce una parte integrante della nozione di vita privata; per questo una legge in materia deve tentare di mantenere un equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa. A seguito di tale pronuncia anche la Corte Costituzionale con la sent. n. 278/2013 è intervenuta in materia dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 28, co. 7 della legge 184/1993.

¹⁹ A. Ruggeri, *op. cit.*

internazionale e con la sua giurisprudenza²⁰ ma anche con il contesto legislativo, o almeno con quel che resta di esso. Rimane, come è doveroso, il richiamo ai propri precedenti ed è forse qui dove ci si aspettava di trovare un supporto per comprendere in che modo la Corte, oltre a risolvere la questione concreta, reperisce i criteri per indirizzare la decisione stessa, soprattutto per quanto riguarda l'arduo problema dello scopo del proprio agire in materie ove sussiste – a detta degli stessi giudici – un ampio spazio di discrezionalità legislativa.

Tre i precedenti evocati: la sent. n. 347/1998, la sent. n. 45/2005 e, da ultimo, la sent. n. 151/2009. Quanto al primo caso, relativo ad una richiesta di disconoscimento della paternità dopo una fecondazione eterologa (non oggetto ma solo presupposto di fatto della controversia) cui il ricorrente aveva acconsentito, esso viene ricordato nella sentenza per l'affermazione secondo cui la nuova tecnica coinvolgerebbe «plurime esigenze costituzionali» le quali fanno da contraltare ai plurimi parametri costituzionali contro cui valutare la legittimità del divieto; parametri costituzionali i quali – sia detto per inciso – il giudice si propone di esaminare *congiuntamente* (enfasi aggiunta), quasi che dalla visione di insieme delle diverse norme possa emergere una sorta di super norma (o di meta norma) in grado di assurgere a unico e sintetico parametro.

Ma, tornando al precedente, quali sono le plurime esigenze di cui si fa cenno? La sentenza evocata afferma che, in quello specifico caso, non si sarebbe potuto procedere al disconoscimento della paternità, sussistendo un interesse del minore a non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere un padre, di essere mantenuto, istruito ed educato dai propri genitori, tali dovendosi considerare quelli che hanno preso la decisione della sua procreazione. E, tuttavia, poiché a tali “plurime esigenze costituzionali”, tutte riconosciute in capo al figlio, solo il legislatore può dare articolata e razionale risposta, la Corte si pronuncia per l'inammissibilità della questione, pur esortando il giudice *a quo* a dare una soluzione – sensata e costituzionalmente orientata – ad una palesemente irragionevole pretesa. Diversa è la conclusione nel caso in esame, in cui la presenza di esigenze *plurime* (ma non *contrapposte*, come si legge invece nella sentenza) è preludio al controllo di costituzionalità della regolamentazione operata dal legislatore²¹.

Il secondo precedente citato è la [sent. n. 45 del 2005](#), relativa alla inammissibilità del referendum volto ad abrogare totalmente la legge n. 40. Che cosa intendeva in quella sede la Corte richiamando la presenza di “una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa”? Niente di più che – si potrebbe dire – la necessità di una regolamentazione delle diverse fattispecie coinvolte, mentre costituzionalmente illegittima sarebbe stata la totale assenza di

²⁰ Il riferimento è qui ancora una volta al caso *Brustle c. Greenpeace* deciso dalla Corte di Giustizia e alla sentenza *S.H. e altri c. Austria* decisa dalla Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

²¹ Così Corte Cost. sentenza 347/1998, par. 4 «L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»; questa è la conclusione della sentenza la quale correttamente ricorda da un lato i compiti del legislatore ma, dall'altro, richiama il giudice a compiere una interpretazione costituzionalmente conforme del diritto vigente di cui essa stessa delinea i principi di riferimento sinteticamente ricordati, in chiusura, nel principio del rispetto della dignità umana.

regole conseguenti all'abrogazione referendaria della legge nel suo complesso. Non si tratta di bilanciare interessi contrapposti, allora, ma semplicemente di regolamentare la materia in tutte le sue sfaccettature, fine per raggiungere il quale è fondamentale l'attività del legislatore.

Venendo al terzo precedente (la sent. n. 151/2009), esso viene ricordato per dimostrare che l'embrione non sarebbe destinatario di una tutela assoluta; il caso verteva sul divieto di produrre più di tre embrioni e sul contestuale impianto degli embrioni formati, norma poi dichiarata incostituzionale. Secondo la Corte la tutela dell'embrione avrebbe dovuto essere bilanciata con le esigenze di procreazione. Si è già in altra sede ricordata la problematicità dell'argomentazione adottata dalla Corte a fondamento della propria sentenza²² che pure, a suo modo, mostrava l'intento del giudice delle leggi di reperire nell'ambito della scelta legislativa il fondamento delle proprie operazioni ermeneutiche; non un bilanciamento tra generici valori costituzionali e interessi costituzionalmente rilevanti individuati dallo stesso giudice delle leggi, quindi, ma una ricerca di elementi normativi da porre a fondamento dell'argomentazione che sorregge l'intervento demolitore. La Corte, in quella sede, asseriva infatti che era la legge stessa a configurare per l'embrione una tutela relativa visto che, consentendo di produrre ben tre embrioni (e non uno solo, si potrebbe aggiungere) si dava per scontato che qualcuno non avrebbe potuto attecchire e svilupparsi fino alla nascita.²³ Non vi è modo di ritenere convincente un simile argomento a motivo del fatto che il limite dei tre embrioni era esattamente individuato al fine di dare a ciascuno la *possibilità* di svilupparsi in utero (dove avrebbero dovuto essere inseriti tutti in un unico e contemporaneo impianto) evitando la creazione di embrioni sopra numerari da crioconservare e/o distruggere e/o usare per scopi di ricerca.

Dall'analisi compiuta si desume come i precedenti invocati siano scarsamente utili ad individuare i criteri che avrebbero poi guidato la Corte nell'analisi e nella decisione del caso; le argomentazioni successive, che da essi prendono abbrivio, seguono un'altra strada, quella della previa individuazione dei diritti e degli interessi costituzionalmente rilevanti. Si ha l'impressione che i casi siano semplicemente ricordati come antecedenti cronologici in materia e non come strumenti atti a fondare la logicità (e annessa controllabilità) della motivazione. E, tuttavia, almeno su un punto essi sembrano dare una indicazione, per quanto generica: la lettura che il giudice ne fa lascia trasparire la volontà di procedere a controllare in modo diretto la *coerenza* della regolamentazione legislativa nel suo complesso e del divieto di eterologa in particolare rispetto ai diversi interessi e valori costituzionali in gioco. Diritti (costituzionali) contro regole (legislative), insomma. Un po' più ampia sembra invece la logica che si desume dagli stessi: nella materia *de qua* i beni costituzionali, che sono plurimi (ma anche talora contrapposti), necessitano dell'intervento del legislatore, chiamato ad operare un ragionevole bilanciamento in base al quale costruire

²²L. Violini, *Note minime....cit.*

²³ Queste le esatte parole della Corte Cost. nella sentenza n. 151/2009 par. 6.1 «la legge in esame rivela ...un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza... postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione...».

l'impianto normativo. E, allora, rispetto all'operato del legislatore o alla necessità di un suo intervento, quando la questione è inammissibile e quando invece si può individuarne l'incostituzionalità? In altre parole, come calibrare tale controllo perché i compiti delle due parti in causa siano correttamente ripartiti?

4. Un bilanciamento non irragionevole?

All'enunciazione dei precedenti segue, sempre in premessa, una sintetica descrizione delle questioni sollevate che, secondo i giudici, «toccano temi eticamente sensibili in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore"». Torna, dunque, il richiamo alla sent. n. 347/1998, solo lievemente alterato nella qualificazione delle esigenze, là plurime, qui *contrapposte* (enfasi aggiunta), sulla scia di quanto si era determinato nella sent. n. 151/2009 che contrappone appunto la tutela dell'embrione e le esigenze della procreazione. Alla primazia del legislatore, sulla cui natura non ci si sofferma, ma che, nel precedente del 1998, aveva condotto alla dichiarazione di inammissibilità della questione, viene affiancata, in via solo cronologicamente secondaria, la sindacabilità delle relative scelte, volta a verificare «se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»²⁴.

Volendo mantenere una coerenza logica rispetto allo standard enunciato, il compito dei giudici si prospetta come relativamente semplice: se il legislatore è stato determinato nelle sue scelte da un motivo *non irragionevole*, esse sono costituzionalmente legittime.

Invece, non è così che la Corte procede; essa muove le sue argomentazioni, in un certo senso, partendo da lontano, non puntando direttamente al divieto²⁵, che è il vero centro della questione, ma ricostruendo l'insieme dei diritti costituzionalmente garantiti che il divieto minaccia di compromettere.

È a questo punto che il tono dell'argomentare cambia registro: lo scontro tra i diritti individuati (forti e molteplici e potenzialmente oggetto di lesione) e il divieto (enfaticamente definito a ripetizione come assoluto²⁶, quasi a sottolinearne la potenziale dannosità) appare da subito impari e

²⁴ Con tale formulazione viene compiuta in questa sede una scelta precisa su quale tipo di test dovrebbe essere adottato in tali casi, eticamente controversi, scientificamente discussi e quindi fin qui lasciati alla discrezionalità legislativa (che in sede internazionale viene riformulata sotto forma del margine di apprezzamento): non uno *strict scrutiny*, ma un *rational basis test* che rappresenta, nella tradizione anglosassone, il test più blando a cui può essere sottoposta una legge, il quale comporta un atteggiamento di *self restraint* del potere giudiziario di fronte alle scelte politiche.

²⁵ Secondo A. Morrone, diversamente da quanto accade nella sentenza *de qua* «in entrambi i casi (151/2009 e 162/2014) la decisione di accoglimento si fonda non sulla violazione di diritti costituzionalmente garantiti ma sull'irragionevolezza del bilanciamento legislativo degli interessi in gioco». E continua notando che «non è una differenza da poco. In assenza di precise disposizioni costituzionali la disciplina della procreazione medicalmente assistita e dell'eterologa in particolare rientra nello spazio aperto della politica nella quale il legislatore può compiere molteplici scelte con il solo limite della ragionevolezza».

²⁶ Ma neppure un divieto "relativo" avrebbe potuto passare indenne da tale vaglio; si ricordi in proposito la prima sentenza sul caso *S.H. e altri c. Austria*, in cui il legislatore austriaco aveva parzialmente ammesso la fecondazione eterologa purché essa venisse praticata *in vivo*, e quindi in utero, anche se con donazione di gameti maschili, considerata

L'esito del controllo sul bilanciamento operato dal legislatore scontato visto che, anche a motivo di un linguaggio caratterizzato da formule di altissimo profilo, il tipo di controllo si trasforma da potenzialmente *soft* (la non irragionevolezza dello stesso) a rigoroso e stringente (*strict scrutiny*): il diritto sarebbe fondamentale, l'autodeterminazione irrinunciabile e generale, la libertà non coercibile, le sfere toccate dal divieto le più intime della persona e quindi le più essenziali per la garanzia dei diritti di quella persona che – ricordando la sentenza sull'aborto - *già è* e che, ovviamente, vince di fronte ai diritti *di chi persona ancora non è. Ad adiuvandum*, anche la storia legislativa viene chiamata in causa: il divieto di eterologa non sarebbe «una scelta consolidata nel tempo», ma sarebbe intervenuta dopo, ad occupare un campo libero, in cui l'eterologa stessa era lecita, ammessa senza limiti soggettivi né oggettivi, e ampiamente praticata in molti centri privati regolamentati da svariate norme di secondo grado e comunque non vietata da norme internazionali, che qui ricompaiono dopo essere state praticamente dimenticate nell'intero svolgersi dell'argomentazione.

Poste tutte queste premesse, la Corte entra in merito al divieto contestato per dichiararlo privo di adeguato fondamento costituzionale in quanto esso contraddirebbe l'incoercibile diritto ad avere figli insieme al diritto alla salute. Nei riguardi di quest'ultimo diritto, la lesione operata dal divieto sarebbe palesemente irragionevole, visto che la limitazione più grave (la sterilità assoluta) viene esclusa dai trattamenti rispetto ad altri e meno gravi casi, con ciò tra l'altro concretandosi un eccesso di potere legislativo tramite un intervento della legge in campi, quale l'appropriatezza delle cure mediche, di sola pertinenza della scienza medica, come già affermato nella sent. n. 151/2009.

A riprova del menzionato cambio di passo, segue, nella sentenza, una analisi che dovrebbe essere volta a verificare se il divieto sia *l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla fecondazione eterologa*, formula che denota il rigore del controllo e prelude, ancora, al risultato che verrà – non sorprendentemente – raggiunto.

Mentre lo sviluppo logico dell'argomentazione avrebbe comportato che si procedesse ad una analisi delle finalità della legge – cui far seguito la ricerca della *ratio* del divieto misurato rispetto a dette finalità – , dopo l'enunciazione del nuovo parametro di valutazione, il discorso subisce un'ulteriore deviazione. Invero, la Corte, per controbattere all'Avvocatura generale dello Stato che aveva considerato la questione inammissibile a motivo del presunto vuoto normativo che si sarebbe prodotto a seguito di una dichiarazione di incostituzionalità, si dedica a ricostruire la disciplina normativa da applicarsi alla tecnica in esame una volta che fosse stato rimosso il divieto di servirsene. Il che, sia consentito ricordarlo, manca di qualsivoglia utilità ed è la Corte stessa a dircelo quando ci ricorda che il verificarsi di vuoti normativi non è di ostacolo a tale dichiarazione; se così fosse, si creerebbe – sempre secondo i giudici – una situazione intollerabile quale quella di una norma in sé costituzionalmente illegittima che continua a sussistere per evitare detto vuoto. Qui la Corte non nasconde il suo intento; come fu per la dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale (sent. 1/2014) anche questa volta, infatti, emerge la tensione dei giudici a compiere un'opera di supplenza rispetto alle omissioni sempre meno accettabili del legislatore «soprattutto ove sia accertata la violazione di una libertà fondamentale che non può essere mai giustificata con

dalla Corte EDU come contraria alla Convenzione.

l'eventuale inerzia del legislatore ordinario». E almeno su questo, mi pare, la Corte ha ragione da vendere a fronte di un legislatore sostanzialmente inerte²⁷.

5. Il giudice legiferante e ...

Se è vero che l'inerzia del legislatore non può mai essere uno scudo per l'incostituzionalità di una norma, che ne è della sua azione?

È a partire da questa domanda che si può ora entrare nel complesso rapporto che si è andato formando nella giurisprudenza più recente tra giudice e legislatore, il quale (si ribadisce) – anche a motivo dell'inerzia che ne connota l'azione (si perdoni il gioco di parole) – viene ricondotto ad un ruolo suppletivo/integrativo rispetto alle scelte compiute in sede costituzionale quando in questa sede si identificano diritti e valori di particolare intensità, ampiezza e portata ma anche in parte lontani dal testo costituzionale e forse anche dai precedenti.

In un certo senso, i processi logici vengono qui rovesciati: non è il legislatore che determina i fini della propria attività regolatoria cui segue il controllo di costituzionalità che si limita – secondo l'impostazione fatta propria, in un primo tempo, della stessa sentenza – alla ricerca della non irrazionalità del bilanciamento tra fini e mezzi operato dalla legge ma è il contrario: la Corte si muove liberamente a determinare i fini (i fini procreativi della legge) alla luce dei diritti costituzionalmente garantiti reperiti nel contesto costituzionale (autodeterminazione, diritto alla genitorialità ecc...) e a costruire lei stessa, questa volta sì in modo pienamente coerente con le premesse poste, il senso delle disposizioni legislative riadattandole (riscrivendole, si potrebbe dire) a tali fini. È infatti l'interpretazione fatta dalla Corte – straordinariamente pervasiva – che determina in primo luogo i valori e i diritti che la legge deve perseguire e tutelare, anche modificandone a fondo la natura e la qualità, per poi stigmatizzare il divieto come non coerente con gli stessi.²⁸ In altre parole, è come se – nella sentenza – mancasse lo spazio per l'opera del legislatore visto che è la Corte a stabilire, oltre al parametro (ai diritti da tutelare), anche i fini della legislazione. Di conseguenza, la valutazione operata in sede costituzionale si fa totale, totalmente pervasiva, senza che alla legge residui alcun margine per determinare, circoscrivendoli, quali fini vadano perseguiti e con quali mezzi.

Altro sarebbe stato il percorso argomentativo se la Corte fosse stata coerente con le sue stesse premesse. È infatti il divieto dell'eterologa che determina il senso dell'attività legislativa, quella di

²⁷ Sugli influssi delle omissioni del legislatore e della politica sull'operato della Corte si veda M. Ruotolo, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014. Si veda anche V. Tondi della Mura, i rischi della competizione regolativa e valoriale tra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del caso Englaro), in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino 2011, VII, 3301 ss.

²⁸ Già si è detto, infatti, delle logiche presenti nella formulazione originaria della l. n. 40, imperniata sulla tutela di «tutti i soggetti coinvolti nella fecondazione in vitro, compreso l'embrione» e della diffidenza del legislatore rispetto alle nuove tecniche, di cui si paventava la forza di manipolazione dell'umano nel suo iniziale costituirsi quali, ad esempio, la tendenza all'eugenetica. Tale tutela, già fortemente ridimensionata dalla sent. 151/2009 viene nella presente sentenza semplicemente ignorata laddove si afferma che «la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita».

perseguire le finalità procreative limitandole a quei mezzi volti a garantire alle coppie non la procreazione nel senso più ampio del termine, non la procreazione *tout court*, bensì solo la procreazione coerente con un patrimonio biologico di derivazione certa, utile a garantire al figlio la certezza delle proprie origini biologiche a cui ha pienamente diritto, diritto che, del resto, vale identicamente per l'adozione, che viene qui – invece - citata a supporto dell'irrazionalità del divieto di eterologa in nome della facoltà che la legge prevederebbe di inserire in una famiglia un figlio dalle diverse origini biologiche; senonché, in caso di adozione è al figlio esistente (ma con una impossibilità materiale o morale di essere supportato dalla famiglia biologica) che la legge conferisce il diritto ad una famiglia in mancanza di quella naturale, che pure deve restare nell'orizzonte identitario del figlio stesso e dei genitori adottivi. In tal modo, adozione e procreazione rispettano il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, diritto che viene garantito in entrambi i casi, con piena coerenza logica delle scelte legislative rispetto ai diritti costituzionalmente garantiti della persona (e in questo caso della persona “debole”, cioè il figlio bisognoso di tutela).

Letto in questo senso, il divieto di eterologa non sarebbe un ostacolo alla realizzazione di tutti quei diritti di cui si fa menzione nella sentenza (ma non nella legge né, si consenta, nella Costituzione, salvo mettere insieme – *congiuntamente* – tutta una serie di articoli posti a ben altri scopi) bensì l'indicazione della finalità specifica della legge, orientata appunto a favorire quel tipo di genitorialità e non altre. Si dovrebbe altrimenti asserire che la Costituzione contenga il diritto ad avere figli anche non biologici, il che pare quantomeno azzardato visto che la lettera del testo costituzionale (ma anche i precedenti citati in premessa) fa riferimento a svariati diritti dei figli verso i genitori cui corrispondono, in capo ai genitori, solo i molteplici doveri conseguenti alla scelta responsabile e libera di averli messi al mondo.

6 ... i limiti costituzionalmente identificati ai diritti in questione

Ora, è certo che questo tipo di ragionamento non è entrato nell'orizzonte argomentativo della sentenza, la quale – una volta determinati i nuovi valori costituzionali da perseguire e una serie molto lunga di nuovi diritti (tra cui, evidentemente, anche il diritto ad avere figli di diversa provenienza biologica, cosa questa che portata all'estremo dovrebbe allora configurare anche l'esistenza di un vero e proprio diritto ad adottare *tout court* in presenza del mero elemento volontaristico da parte della coppia) – entra a riflettere sui possibili limiti *ulteriori* che si possono apporre alla vastissima gamma di diritti individuati. Scomparso il divieto all'eterologa, sopravvivono – secondo i giudici – gli ulteriori limiti ricostruiti a partire – adesso sì – dalla volontà del legislatore; il che è davvero paradossale visto che tale volontà (come esercizio di discrezionalità legislativa) era stata pacificamente eradicata dalla normativa sia in passato sia nel caso presente.

Il tema dei limiti non è affatto secondario per lo svolgersi ordinato dei pensieri argomentativi in tema di diritti fondamentali²⁹; esso ritorna con una certa insistenza fin dalle prime battute delle *considerazioni in diritto*, ove si afferma che, «di sicuro», «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia nel senso sopra precisato (n.d.a. cioè nel senso della loro incoercibilità – salvo non vulnerino altri valori costituzionali, peraltro non meglio precisati) ... non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti» i quali, peraltro «anche se ispirati a considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto... a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale».

Sarebbe molto interessante, volendo prendere sul serio questa affermazione, individuare in concreto quali possano essere i limiti (costituzionalmente legittimi) ispirati all'etica apponibili in sede di regolamentazione della fecondazione e passare da una astratta asserzione ad esempi concreti.

Di che cosa, insomma, stiamo parlando? In un sussulto di concretezza, la Corte pare rendersi conto che tra i rischi che il divieto intendeva neutralizzare si rinviene quello dell'uso a scopo eugenetico delle nuove tecniche in generale e della fecondazione eterologa in particolare. Tale rischio avrebbe, secondo la Corte, caratteristiche tali da giustificare un qualsivoglia divieto rispetto alle metodiche di produzione di figli. E, tuttavia, neanche questo argine tiene, visto che il giudice serenamente asserisce che «la considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia... deve escludere in radice .. un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici»; la questione viene dunque semplicemente messa da parte senza approfondimenti mentre il tema resta e non manca di suscitare dubbi e timori soprattutto se collegato, ancora una volta, al diritto all'autodeterminazione. Diverso sarebbe se il diritto leso fosse stato quello “solo” alla salute (beninteso psichica, beninteso solo della coppia e non del donatore né, soprattutto, della donatrice, che come si sa solo con un grande atto di generosità potrebbe sottoporsi alle stimolazioni ormonali volte a produrre più ovuli e alla donazione degli stessi per via laparoscopica). Ma se di autodeterminazione si tratta, con tutti gli addentellati che la sentenza enumera, diviene davvero difficile spiegare come essa possa non essere violata se una donna produce ovuli ma non è in grado di portare a termine la gravidanza e vuole servirsi di un altro utero, sempre “donato”. Non a caso la polemica in questi giorni si sta sviluppando intorno alla necessità di interventi legislativi volti a circoscrivere le fattispecie consentite, essendosi levate molte voci a sostenere che la sentenza in esame ha già determinato tutto quanto necessario ad un accesso diretto alla fecondazione eterologa (compreso il numero di donazioni cui ci si può sottoporre, il tipo di controlli da compiere in capo ai donatori e le diverse caratteristiche genetiche degli stessi). E si capisce. Come può un legislatore senza spazi di azione avere la facoltà di realizzare altri interventi regolatori?

In sostanza, non si comprende come mai la Corte risulti così fiduciosa rispetto al tentativo di circoscrivere la portata della sua decisione alla tecnica della donazione di gameti senza coinvolgere

²⁹ Si veda A. Barbera, *Nuovi diritti: attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di), *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004.

altre possibili tecniche riproduttive vietate – analogamente all’eterologa – dal legislatore tramite la legge n. 40. Per quanto abusato sia il richiamo ai rischi della *slippery slope*, e per quanto la Corte ribadisca che la sentenza riguarda il caso e non la generalità delle questioni coinvolte nelle nuove tecniche di fecondazione, è difficile non paventare che, dopo che la legge è stata praticamente riscritta nei valori di fondo e decurtata delle norme che di tali valori erano precipua espressione, non si profilino scelte ancora più radicali, facendo transitare il nostro sistema, senza soluzione di continuità, verso la liberalizzazione dei processi riproduttivi (esclusa, tra l’altro, proprio dalla sent. n. 45 del 2005 citata come precedente dalla presente sentenza).

Trascurando di delineare un oscuro futuro – che giustamente la sentenza ricorda non essere a tema³⁰ – resta il problema di fondo segnalato dalla presente rilettura della sentenza, e cioè di quale sia ancora lo spazio per scelte legislative limitative dell’autodeterminazione procreativa che possano passare immuni dal vaglio della Suprema Corte, quand’anche dotate di razionalità, quella razionalità che deriva ad esempio dall’affermazione del diritto del nascituro alla conoscenza delle proprie origini genetiche, così poco valorizzato qui dalla Corte³¹, mentre altri elementi di razionalità si sarebbero ben potuti desumere dalla giurisprudenza europea la quale, con riferimento al caso *S.H. e altri c. Austria*, prima li ha considerati insufficienti ma poi, tramite la Grande Camera, non è certo giunta a negarne il fondamento.

Che cosa ha prevalso, invece, nella presente sentenza? La lettura piana del testo porta a concludere che le formulazioni così ampie relative alla natura dei diritti in questione hanno consentito di vanificare lo sforzo volto a giustificare la legge e ricondurla a razionalità. Ampiezza e fundamentalità del diritto chiama infatti *strict scrutiny*, cioè quello scrutinio a maglie strettissime che, in pratica, non consente che passi alcun limite, test assai diverso dalla valutazione di non irrazionalità pure evocata. Che può infatti un semplice, spesso inconsapevolmente posseduto diritto alla propria identità biologica³² o un remoto rischio di uso eugenetico ritenuto improbabile, contro questi altri incoercibili diritti di libertà, di privacy, di tensione a fare famiglie con figli, di autodeterminazione posseduti per di più da una coppia di persone³³? Ovviamente ben poco anche se, altrettanto ovviamente, se tali diritti godono di così spiccata forza, ancora una volta perché negarli a coloro che invece la legge esclude da tanto godimento? Come si vede, il tema ritorna inesorabilmente a quale nesso debba essere instaurato logicamente tra un diritto e un limite al suo esercizio, se il primo è potenzialmente assoluto (e quindi intollerante di limitazioni) o se il

³⁰ Si veda la Sent. Corte europea dei diritti dell’uomo del 15 marzo 2012 *Gas e Dubois c. Francia*, in materia di adozione da parte di coppie omosessuali commentata da S. Ninatti e L. Violini, *nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppie omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in R. G. Rodio, V. Tondi della Mura, I. Loiodice, F. Vari (a cura di), *studi in onore di Aldo Loiodice*, Volume II, Bari, 2012.

³¹ Si ricorda che altrove la stessa Corte Costituzionale con la sentenza 278 del 18 novembre 2013 ha ritenuto il diritto a conoscere le proprie origini biologiche prevalente sui diritti della madre che desideri partorire anonimamente. Sul punto si ricorda anche la sentenza della Corte Edu, *Godelli c. Italia* del 25 settembre 2012 (ric. n. 33783/09).

³² Critici verso la scelta argomentativa della Corte di citare il tema dell’adozione nel contesto dell’analisi relativa alla fecondazione eterologa anche A. Morrone, *op. cit.* e A. Ruggeri, *op. cit.*. Sul tema si veda A. Nicolussi, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in F. D’Agostino (a cura di) *Valori Costituzionali, Atti del convegno nazionale dell’U.G.C.I., Roma, 5-7 dicembre 2008*, Milano, 2010.

³³ A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un’analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 1/2012.

limite/divieto non sia in grado di determinare il senso di un diritto riconosciuto dalla Costituzione e, sulla scia di tale riconoscimento, regolamentato dal legislatore in modo ragionevole ed entro confini altrettanto ragionevolmente configurati.

7. “*Was macht der Mensch mit der Zeit seines Lebens*”³⁴”

Chiusa la questione sul piano costituzionale (salvo vederne forse altri sviluppi sempre in senso libertario, conseguenza dei passi fin qui compiuti) la sensazione che rimane non è tanto la problematicità della scelta fatta dai giudici e le relative argomentazioni, di cui si è data sommessa e pur controvertibile documentazione, quanto la necessità di riflettere sul senso da attribuire alle norme costituzionali e a tutti i nuovi diritti che in via interpretativa emergono dalla giurisprudenza, la cui opera si sviluppa dentro un canale dagli argini assai stretti e fortemente influenzata dal contesto culturale che la circonda, fatto di valori, di interessi e talora anche di mode. Gli argini sono da un lato il dato costituzionale, da interpretare contestualizzandolo rispetto al testo nel suo insieme ma senza commistioni tra contesti valoriali (*rectius* articoli) diversi e, dall’altro, le scelte legislative, anch’esse degne di un loro spazio di azione in quanto portatrici di valori socialmente rilevanti.

Mantenere un rigore metodologico nell’interpretare le norme e nell’elaborare criteri di controllo razionali e coerenti può talora non essere facile, specie ove la pressione sociale spinga con forza in certe direzioni e ove sia presente una certa commistione nell’esercizio dei diversi poteri dello stato, i cui campi di azione si sovrappongono e si confondono ora per eccesso ora per difetto, ma è tanto più necessario quando ci sono in gioco questioni di tanto momento, non solo giuridiche ma anche psicologiche, antropologiche e sociali.

Per chi muove da posizioni culturali divergenti da quelle che hanno portato a formulare le scelte argomentative qui commentate, restano fondamentali e da valorizzare a fondo quegli strumenti che, pur con tutti i loro limiti, gli ordinamenti democratici attuali offrono a ciascuno degli interpreti dalla costituzione: alle maggioranze anche variabili che si formano nei diversi corpi decisionali intrecciandosi e talora anche contraddicendosi, e alle minoranze. Esse hanno il dovere – restando fedeli a sé stesse – di farsi portatrici di punti di vista che, nel dissentire, arricchiscano la tavolozza dei valori presenti sulla piazza pubblica, luogo della discussione razionale tra diversi.

³⁴ Max Frisch, *Stiller*, citato da J. Habermas, *Die Zukunft der menschlicher Natur*, Frankfurt, 2001, p.11. Interessante anche il prosieguo della citazione: “Die Frage war mir kaum bewusst, sie irritiert mir bloß”

